

## DECISÃO DE EXECUÇÃO DA COMISSÃO

de 24 de abril de 2012

que isenta a produção e venda por grosso de eletricidade produzida a partir de fontes renováveis na Alemanha da aplicação da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais

[notificada com o número C(2012) 2426]

(Apenas faz fé o texto em língua alemã)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2012/218/UE)

A COMISSÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,

Tendo em conta a Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais<sup>(1)</sup>, nomeadamente o artigo 30.º, n.ºs 5 e 6,

Tendo em conta o pedido apresentado pela *Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.* (Associação Federal do Setor da Energia e da Água, adiante designada BDEW) por correio eletrónico de 26 de outubro de 2011,

Considerando o seguinte:

## I. FACTOS

- (1) Em 26 de outubro de 2011, a BDEW apresentou à Comissão, por correio eletrónico, um pedido nos termos do artigo 30.º, n.º 5, da Diretiva 2004/17/CE. A Comissão informou as autoridades alemãs a respeito desse pedido em 11 de novembro de 2011 e solicitou ainda informações adicionais às autoridades alemãs, por correio eletrónico de 10 de janeiro de 2012 e à BDEW por correio eletrónico de 21 de dezembro de 2011. As informações suplementares foram transmitidas pelas autoridades alemãs por correio eletrónico de 14 de dezembro de 2011 e pela BDEW em 17 de janeiro de 2012, 26 de janeiro de 2012 e 28 de fevereiro de 2012.
- (2) O pedido apresentado pela BDEW em nome das entidades adjudicantes do setor diz respeito, tal como aí referido, «à construção, aquisição e operação (incluindo a manutenção) de todos os tipos de instalações de produção elétrica, bem como as atividades de apoio relevantes»<sup>(2)</sup>.
- (3) O pedido é acompanhado de um parecer da autoridade da concorrência alemã (*Bundeskartellamt*), datado de 25 de julho de 2011. Esse parecer (adiante designado o Parecer) foi emitido com base na legislação alemã pertinente, e aborda a questão de saber se a atividade que é objeto do

procedimento está ou não diretamente exposta à concorrência. O parecer tem por base um amplo inquérito setorial junto dos mercados relevantes.

## II. ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- (4) O artigo 30.º da Diretiva 2004/17/CE prevê que os contratos destinados a permitir a prestação de uma das atividades a que a Diretiva se aplica não estão abrangidos pela mesma se, no Estado-Membro em que a atividade é exercida, esta está diretamente exposta à concorrência em mercados de acesso não limitado. A exposição direta à concorrência é avaliada com base em critérios objetivos, tendo em conta as características específicas do setor em causa. O acesso a um mercado será considerado não limitado se o Estado-Membro tiver transposto e aplicado a legislação comunitária pertinente, abrindo à concorrência um determinado setor ou parte deste. Esta legislação figura no anexo XI da Diretiva 2004/17/CE, que remete, em relação ao setor da eletricidade, para a Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade<sup>(3)</sup>. A Diretiva 96/92/CE foi substituída pela Diretiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 96/92/CE<sup>(4)</sup>, que também foi substituída pela Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE<sup>(5)</sup>.
- (5) A Alemanha transpôs e aplicou não apenas a Diretiva 96/92/CE, mas também as Diretivas 2003/54/CE e 2009/72/CE. Por conseguinte, nos termos do artigo 30.º, n.º 3, primeiro parágrafo, o acesso ao mercado deve ser considerado não limitado em todo o território da Alemanha.
- (6) A exposição direta à concorrência deve ser avaliada com base em vários indicadores, nenhum dos quais é, por si só, necessariamente decisivo. No caso dos mercados a que se refere a presente decisão, a quota dos principais agentes num dado mercado constitui um critério a ter em conta. Outro critério é o grau de concentração nesses

<sup>(1)</sup> JO L 134 de 30.4.2004, p. 1.

<sup>(2)</sup> O pedido de isenção pretende abranger igualmente as atividades ligadas à produção de eletricidade, como as centrais de produção combinada de calor e eletricidade.

<sup>(3)</sup> JO L 27 de 30.1.1997, p. 20.

<sup>(4)</sup> JO L 176 de 15.7.2003, p. 37.

<sup>(5)</sup> JO L 211 de 14.8.2009, p. 55.

mercados. Dadas as características dos mercados em causa, devem ser também tomados em consideração outros critérios, como o funcionamento do mercado de compensação, a concorrência a nível dos preços e a proporção de clientes que mudam de fornecedor.

- (7) A presente decisão não prejudica a aplicação das regras em matéria de concorrência.

### III. APRECIÇÃO

- (8) O mercado alemão da eletricidade caracteriza-se por um grande número de centrais elétricas, que são operadas por um elevado número de intervenientes no mercado <sup>(1)</sup>. A maior parte da capacidade de produção pertence a quatro grandes empresas energéticas: A RWE AG, a E.ON AG, a EnBW AG e a Vattenfall Europe AG. No entanto, dado que duas destas empresas, a saber, a RWE e a E.ON, são empresas privadas (i. e. empresas não sujeitas, direta ou indiretamente, à influência dominante dos poderes públicos, tal como previsto no artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/17/CE), que não operam no setor da produção elétrica com base em direitos especiais ou exclusivos, na aceção do artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 2004/17/CE, estas não constituem entidades adjudicantes na aceção da Diretiva 2004/17/CE. Os seus contratos para a produção ou venda de eletricidade não estão, por conseguinte, sujeitos à presente diretiva; consequentemente, no que diz respeito a estas atividades, deverão ser consideradas como concorrentes das entidades adjudicantes cujos contratos estão sujeitos à presente diretiva. A análise irá assim em seguida incidir sobre as entidades adjudicantes, ao avaliar se a atividade se encontra exposta à concorrência em mercados de acesso não limitado.
- (9) A eletricidade é comercializada a nível grossista através dos mercados reconhecidos, ou seja, os mercados à vista e a prazo do *European Energy Exchange AG (EEX)* e do *European Power Exchange S.E. (EPEX)*, ou em transações no mercado de balcão, fora dos mercados reconhecidos. O preço nos mercados de energia reconhecidos é geralmente utilizado como preço de referência para as operações no mercado de balcão. As empresas produtoras otimizam a operação das suas centrais de produção em função dos resultados das transações à vista nos mercados. Em princípio, apenas são exploradas as centrais elétricas cujos custos marginais são inferiores ao preço de mercado.
- (10) A *Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien* <sup>(2)</sup> (adiante designada a EEG) estabelece as regras aplicáveis à eletri-

cidade produzida a partir de fontes de energia renováveis <sup>(3)</sup>, que, em conjunto com a eletricidade produzida a partir de fontes convencionais <sup>(4)</sup>, está a desempenhar um papel crescente no mercado alemão. Nos termos da EEG alterada, que entrou em vigor no início de 2012, a quota das fontes de energia renováveis no abastecimento de eletricidade deverá aumentar para 35 % até 2020, para 50 % até 2030 e para 80 % até 2050.

- (11) No final de 2010, estava ligada uma capacidade de produção de 160,5 GW às redes dos operadores de redes de transporte (ORT) (77,6 GW) e aos operadores das redes de distribuição (ORD) (82,9 GW). Em relação a 2009 (152,7 GW), isto representa um aumento de cerca de 7,8 GW. As energias renováveis representam 54,2 GW da capacidade total. Cerca de 50,7 GW das energias renováveis são pagas de acordo com as tarifas EEG. Tal significa que as energias renováveis representam cerca de 34 % da capacidade global <sup>(5)</sup>.
- (12) Em termos de alimentação, em 2010 foi introduzido um total de 531,2 TWh, nos sistemas dos ORT (367,5 TWh) e dos ORD (163,7 TWh). O volume alimentado a partir de fontes de energia renováveis foi de 93,7 TWh, dos quais 80,7 TWh foram remunerados de acordo com a EEG. Tal significa que a alimentação a partir de fontes de energia renováveis representa cerca de 18 % do total, proporção essa que é por conseguinte inferior aos 34 % da capacidade total de produção que estas fontes representam <sup>(6)</sup>. Esta diferença deve-se ao facto de o período de utilização das fontes renováveis por ano é inferior ao das fontes convencionais.
- (13) Outra característica do mercado da eletricidade alemão diz respeito à recente decisão das autoridades nacionais de encerrar 8 centrais de energia nuclear, com uma capacidade total de 8 400 MW <sup>(7)</sup>, na sequência da catástrofe nuclear no Japão, no início de 2011. Além disso, foi decidido encerrar o resto das centrais nucleares na Alemanha até 2022. A curto prazo, isto veio alterar o equilíbrio entre as importações e as exportações, o que fez com que a Alemanha, que era um exportador líquido de eletricidade até 2010, se tornasse num importador líquido em 2011.

<sup>(3)</sup> Na aceção da EEG, e nas condições aí definidas, entende-se por «fontes de energia renováveis» a energia hidráulica, incluindo a energia das ondas, a energia das marés, a energia azul (osmótica) e de fluxo, a energia eólica, a energia de radiação solar, a energia geotérmica, a energia a partir de biomassa, incluindo o biogás, o biometano, os gases de aterro e os gases provenientes do tratamento de águas residuais, bem como a parte biodegradável dos resíduos urbanos e industriais.

<sup>(4)</sup> Na aceção da presente decisão, entende-se por eletricidade produzida a partir de fontes convencionais e por eletricidade convencional a eletricidade não abrangida pelo âmbito de aplicação da EEG.

<sup>(5)</sup> De acordo com o Relatório de acompanhamento de referência de 2011 pela *Bundesnetzagentur für Elektrizität, gás, Post und Telekommunikation Eisenbahnen*: (tradução EN), p. 9.

<sup>(6)</sup> De acordo com o Relatório de acompanhamento de referência de 2011 da *Bundesnetzagentur für Elektrizität, gás, Post und Telekommunikation Eisenbahnen*: (tradução EN), p. 10.

<sup>(7)</sup> De acordo com o Relatório de acompanhamento de referência de 2011 da *Bundesnetzagentur für Elektrizität, gás, Post und Telekommunikation Eisenbahnen*: (tradução EN).

<sup>(1)</sup> De acordo com os dados do Eurostat sobre o ambiente e a energia de 11/2010, em 2008 foram notificadas mais de 450 empresas produtoras de eletricidade na Alemanha, que representam pelo menos 95 % da produção líquida de eletricidade.

<sup>(2)</sup> A EEG regula os seguintes elementos: ligação prioritária à rede para o fornecimento geral de eletricidade das instalações de produção de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis e de gás de mina; prioridade para a compra, transporte, distribuição e pagamento desse tipo de eletricidade por parte dos operadores de rede, igualmente em relação à eletricidade proveniente da produção combinada de calor e eletricidade (PCC), incluindo prémios para a integração deste tipo de eletricidade no sistema de fornecimento elétrico; e o regime de perequação, a nível nacional, para a quantidade de eletricidade adquirida, relativamente à qual tenha sido paga uma tarifa ou prémio.

### Definição do mercado

#### Definição do mercado de produtos

- (14) Com base nos antecedentes da Comissão <sup>(1)</sup>, é possível distinguir os seguintes mercados de produtos relevantes no setor da eletricidade: i) produção e fornecimento por grosso; ii) transporte; iii) distribuição e iv) fornecimento a retalho. Embora alguns destes mercados possam ser ainda subdivididos, a prática da Comissão até à data <sup>(2)</sup> tem sido de rejeitar uma distinção entre um mercado de produção de eletricidade e um mercado de fornecimento por grosso, uma vez que a produção enquanto tal constitui apenas um primeiro passo na cadeia de valor, sendo os volumes de eletricidade produzidos comercializados através do mercado grossista.
- (15) O pedido da BDEW diz respeito à produção e venda por grosso de eletricidade. A autoridade da concorrência alemã, no seu parecer, define o mercado de produto como «um mercado primário de venda de eletricidade» <sup>(3)</sup>, que abrange as vendas iniciais de todos os fornecedores de eletricidade da sua própria produção e as importações líquidas de eletricidade, mas não inclui as transações subsequentes entre os participantes no mercado. Além disso, a autoridade da concorrência alemã considera que a produção e a comercialização da eletricidade que é regulada pela EEG (adiante designada «eletricidade EEG») não faz parte deste mercado.
- (16) A autoridade de concorrência alemã considera que o mercado da eletricidade EEG representa um mercado distinto, no que se refere à sua primeira venda. A eletricidade EEG não é normalmente vendida diretamente no mercado grossista, mas é em primeiro lugar comprada pelos operadores da rede de transporte, a uma taxa de remuneração legal. É então vendida, numa segunda fase, no mercado grossista.
- (17) A autoridade alemã da concorrência conclui que a produção e a comercialização da eletricidade EEG não estão organizadas de forma concorrencial e que a eletricidade EEG é independente dos indicadores de procura e de preços <sup>(4)</sup>. Esta conclusão baseia-se nomeadamente nos seguintes factos:
- (18) A eletricidade EEG tem prioridade na alimentação. Por conseguinte, a produção de eletricidade EEG é totalmente independente da procura. A produção e alimentação são também independentes dos preços, uma vez que os operadores recebem um pagamento definido por lei. A eletricidade EEG é comercializada pelos ORT no mercado à vista, em conformidade com as disposições legais em vigor, sem qualquer margem de manobra.
- (19) A autoridade alemã da concorrência fez notar também que, de acordo com a lei, a eletricidade EEG pode ser

diretamente comercializada, e uma certa percentagem de operadores faz uso dessa oportunidade. A EEG prevê que os operadores das centrais EEG podem optar entre a venda direta e a receção do pagamento tarifário no âmbito da EEG no primeiro dia do mês. Dependendo das previsões de preços do mercado e em função da procura, os operadores das centrais EEG podem assim decidir, cada mês, qual a forma de venda que mais lhes convém. Contudo, esta comercialização direta, no futuro, só terá importância marginal.

- (20) De acordo com a EEG alterada, que entrou em vigor no início de 2012, os operadores de centrais EEG têm – como indicado anteriormente – a opção de comercializar eles próprios a eletricidade que produzem e beneficiar igualmente de um prémio de mercado. O prémio de mercado destina-se a compensar a diferença entre a remuneração fixa EEG e o preço médio mensal do mercado, determinado *ex post*. O acesso ao prémio de mercado é, no entanto, facultativo, ou seja, os operadores das centrais EEG podem permanecer no sistema de remuneração fixa ou voltar a esse sistema em qualquer mês. Prevê-se contudo que a maior parte da eletricidade EEG venha a ser comercializada através dos operadores da rede de transporte. Além disso, o modelo do prémio de mercado não altera o facto de que o nível de remuneração total para os produtores EEG não é essencialmente determinado pelos preços de mercado <sup>(5)</sup>.
- (21) A autoridade alemã da concorrência reconhece que, embora a eletricidade EEG exerça uma pressão concorrencial sobre eletricidade produzida a partir de fontes convencionais, o inverso não é verdadeiro. Por conseguinte, a eletricidade EEG não pode ser incluída no mesmo mercado que a eletricidade convencional, uma vez que as condições de mercado que prevalecem para a primeira venda são significativamente diferentes entre estas duas formas de produção. Além disso, a primeira venda da eletricidade EEG realiza-se na maioria dos casos através dos operadores da rede de transporte. Por conseguinte, o mercado difere também, evidentemente, do ponto de vista da procura, do mercado grossista de eletricidade convencional.
- (22) Tendo em conta a especificidade do mercado alemão da eletricidade, para efeitos de avaliação das condições estabelecidas no artigo 30.º n.º 1, da Diretiva 2004/17/CE, e sem prejuízo do direito da concorrência, o mercado do produto relevante é definido como o mercado da produção e primeira venda de eletricidade produzida a partir de fontes convencionais. A produção e primeira venda de eletricidade EEG não fazem parte deste mercado, pelas razões acima enunciadas, e são em seguida objeto de uma análise distinta.

#### Definição do mercado geográfico

- (23) De acordo com o pedido, este refere-se às atividades no território da República Federal da Alemanha. O requerente está a estudar a possibilidade de alargar o seu mercado por forma a abranger a Alemanha e a Áustria, com base nas tendências verificadas no desenvolvimento do

<sup>(1)</sup> Processo COMP/M.4110 – E.ON/ENDESA de 25.4.2006, ponto 10, p. 3.

<sup>(2)</sup> Processo COMP/M.3696 – E.ON/MOL de 21.1.2005, ponto 223, Processo COMP/M.5467 – RWE- ESSENT de 23.6.2009, ponto 23.

<sup>(3)</sup> De acordo com o parecer da autoridade da concorrência alemã (tradução EN), p. 5.

<sup>(4)</sup> De acordo com o parecer da autoridade da concorrência alemã (tradução EN), p. 5.

<sup>(5)</sup> A remuneração de um operador individual pode todavia variar, consoante consiga ou não comercializar a sua eletricidade a um preço superior ao preço médio mensal.

quadro regulamentar, no nível de importações e exportações de eletricidade e dos métodos de gestão do emparelhamento dos mercados e dos congestionamentos, mas parece concluir que «o requerente não pode extrair uma conclusão definitiva sobre a questão de saber se o mercado grossista da eletricidade na Alemanha e os mercados relevantes dos países vizinhos estão atualmente suficientemente integrados para poderem ser considerados um mercado regional».

- (24) A autoridade alemã da concorrência, na sequência do inquérito setorial efetuado, parte do princípio de que existe um mercado primário comum para a eletricidade na Alemanha e na Áustria. Esta conclusão baseia-se na ausência de pontos de estrangulamento nas interligações de fronteira entre a Alemanha e a Áustria e a zona de comercialização e fixação de preços na *European Power Exchange S.E.* (EPEX).
- (25) A prática anterior da Comissão consistia, na maioria dos casos, em definir os mercados da eletricidade como sendo de âmbito nacional <sup>(1)</sup>, ou mesmo mais restrito <sup>(2)</sup>. Ocasionalmente, foi deixada em aberto a possibilidade de considerar mercados mais vastos do que o mercado nacional <sup>(3)</sup>.
- (26) A Comissão entende que, para efeitos de avaliação das condições estabelecidas no artigo 30.º, n.º 1, da Diretiva 2004/17/CE, e sem prejuízo da legislação em matéria de concorrência, não é necessário estabelecer uma conclusão sobre o âmbito exato do mercado geográfico relevante para a produção e primeira venda de eletricidade convencional, uma vez que os resultados da avaliação serão os mesmos independentemente da definição alternativa de mercado adotada.
- (27) No que diz respeito à produção e primeira venda de eletricidade EEG, o seu âmbito geográfico não podem ir além do território da Alemanha, uma vez que se baseia nas condições jurídicas específicas previstas na EEG alemã.

### Análise do mercado

*Produção e primeira venda de eletricidade produzida a partir de fontes convencionais*

a) Quotas de mercado e concentração do mercado

- (28) Tal como se depreende da prática continuamente observada <sup>(4)</sup> nas decisões da Comissão a título do artigo 30.º,

<sup>(1)</sup> Decisões da Comissão 2008/585/CE (JO L 188 de 16.7.2008, p. 28, considerando 9) e 2008/741/CE (JO L 251 de 19.9.2008, p. 35, considerando 9) e Processo COMP/M.3440 – ENI/EDP/GDP de 9.12.2004, n.º 23.

<sup>(2)</sup> Decisão 2010/403/CE da Comissão (JO L 186 de 20.7.2010, p. 44, considerando 9).

<sup>(3)</sup> Processo COMP/M.3268 – SYDKRAFT/GRANINGE de 30.10.2003, n.º 27, e COMP/M.3665 – ENEL/SLOVENSKE ELEKTRARNE de 26.4.2005, n.º 14.

<sup>(4)</sup> Decisões da Comissão 2009/47/CE (JO L 19 de 23.1.2009, p. 57); 2008/585/CE; 2008/741/CE; 2007/141/CE (JO L 62 de 1.3.2007, p. 23); 2007/706/CE (JO L 287 de 1.11.2007, p. 18); 2006/211/CE (JO L 76 de 15.3.2006, p. 6) e 2006/422/CE (JO L 168 de 21.6.2006, p. 33).

a Comissão considera que, no que se refere à produção de eletricidade, «um dos indicadores do grau de concorrência nos mercados nacionais consiste na quota total de mercado dos três maiores produtores».

- (29) Segundo o parecer da autoridade alemã da concorrência <sup>(5)</sup>, a quota de mercado acumulada dos três primeiros produtores, em termos de eletricidade alimentada, era de 74 % em 2007,73 % em 2008 e 70 % em 2010. O mercado alemão da eletricidade situa-se por conseguinte numa posição intermédia, por comparação com as anteriores decisões de isenção nos termos do artigo 30.º da Diretiva 2004/17/CE <sup>(6)</sup>.
- (30) Contudo, há que recordar que os primeiros dois produtores são a RWE e a E.ON, que em conjunto detêm uma quota de 58 % no mercado <sup>(7)</sup>, não estão sujeitos às disposições da lei em matéria de contratos públicos.
- (31) O objetivo da presente Decisão consiste em determinar se a atividade de produção e venda por grosso de eletricidade está exposta a um nível de concorrência (em mercados onde o acesso não é limitado) que garante, mesmo na ausência da disciplina resultante das regras pormenorizadas aplicáveis aos contratos públicos definidas pela Diretiva 2004/17/CE, que os contratos celebrados com vista ao exercício das atividades aqui em causa serão celebrados de forma transparente e não discriminatória, com base em critérios que permitam identificar a solução globalmente mais vantajosa em termos económicos. Neste contexto, é importante ter em mente que as empresas que não estão sujeitas aos processos de adjudicação de contratos públicos (designadamente a RWE e a E.ON), quando atuam nestes mercados têm a possibilidade de exercer uma pressão concorrencial sobre os outros intervenientes no mercado. Tal continuará a verificar-se mesmo que a Áustria seja incluída no mercado geográfico relevante, uma vez que as quotas de mercado dos primeiros produtores deverão ser apenas ligeiramente menores num mercado que abranja tanto a Áustria como a Alemanha <sup>(8)</sup>.
- (32) No que respeita à produção e fornecimento grossista de eletricidade produzida a partir de fontes convencionais, os factos acima evocados podem considerar-se um indicador de exposição direta à concorrência dos operadores de mercado que estão abrangidos pela legislação em matéria de contratos públicos.
- (33) É igualmente importante salientar que o documento de trabalho dos serviços da Comissão «Relatório de 2009-2010 sobre os progressos realizados na criação do mercado

<sup>(5)</sup> De acordo com o parecer da autoridade da concorrência alemã (tradução EN), segundo parágrafo da página 7.

<sup>(6)</sup> As quotas de mercado acumuladas dos três primeiros produtores no Reino Unido (39 %), na Áustria (52 %) e na Polónia (55 %) têm valores inferiores, mas os valores correspondentes na Finlândia (73,6 %) e na Suécia (87 %) são mais elevados.

<sup>(7)</sup> A produção é calculada tendo em conta as centrais elétricas próprias, as participações detidas em outras centrais elétricas e a produção de longo prazo garantida numa base contratual (direitos de extração).

<sup>(8)</sup> De acordo com o parecer da autoridade da concorrência alemã (tradução EN), terceiro parágrafo da página 7.

interno do gás e da eletricidade», de Junho de 2011 <sup>(1)</sup>, apontava para uma diminuição da concentração de mercado na Alemanha <sup>(2)</sup> em relação aos anos anteriores e colocava o mercado alemão da eletricidade, na categoria dos mercados «moderadamente concentrados» <sup>(3)</sup>, ou seja os mercados com um Índice *Herfindahl-Hirschman* (HHI) <sup>(4)</sup> por capacidade, entre 750 e 1 800.

- (34) Tendo em conta os valores acima referidos, para efeitos da presente decisão, e sem prejuízo do direito da concorrência, pode presumir-se, no que diz respeito às entidades adjudicantes, que o grau de concentração do mercado pode ser considerado como um indicador de um certo grau de exposição à concorrência para a produção e a venda por grosso de eletricidade a partir de fontes convencionais na Alemanha.

#### b) Outros fatores

- (35) Nos últimos anos, mais precisamente até março de 2011, a Alemanha foi um exportador líquido de eletricidade. Contudo, devido à decisão de excluir a produção de eletricidade por diversas centrais nucleares, a Alemanha tornou-se um importador líquido. Consequentemente, existe atualmente no mercado uma pressão concorrencial decorrente do potencial de importação de eletricidade de fora da Alemanha. Tal garante que o investimento no setor da eletricidade na Alemanha não pode ser feito sem ter em consideração os outros produtores dos países vizinhos. Estes fatores devem, pois, ser considerados como consentâneos com a conclusão de que as entidades adjudicantes que operam no mercado da produção alemã a partir de fontes convencionais se encontram expostas à concorrência. Além disso, uma análise da situação no que diz respeito à mudança de fornecedor <sup>(5)</sup> e ao grau de liquidez no mercado grossista <sup>(6)</sup> demonstra que esses fatores são compatíveis com a conclusão de que as entidades adjudicantes que operam no mercado alemão da produção a partir de fontes convencionais estão expostas à

concorrência. Por último, convém igualmente referir que o mercado <sup>(7)</sup> alemão da equilibrção e as suas principais características (fixação de preços em função do mercado e diferenças de preços entre compensação positiva e negativa) também não se opõe à conclusão segundo a qual as entidades adjudicantes que operam no mercado da produção alemã a partir de fontes convencionais estão expostas à concorrência.

#### *Produção e primeira venda de eletricidade EEG*

- (36) A eletricidade EEG beneficia de ligação prioritária à rede, e tem prioridade sobre a eletricidade convencional na alimentação da rede, o que significa que a produção de eletricidade EEG é independente da procura. Uma vez que a eletricidade EEG é produzida a custos que, de um modo geral, são mais elevados do que o preço de mercado, foi estabelecido um sistema segundo o qual a eletricidade EEG recebe um apoio especial. Os operadores das centrais EEG <sup>(8)</sup> têm direito a receber dos operadores da rede de transporte uma taxa de remuneração legal, por um período de 20 anos, para além do ano de entrada em serviço. Esta remuneração prevê a cobertura dos seus custos e é, por conseguinte, superior ao preço de mercado. Podem, por conseguinte, escoar a eletricidade que produzem através da rede, independentemente do preço praticado nos mercados <sup>(9)</sup>.
- (37) A eletricidade EEG não é normalmente vendida diretamente no mercado grossista, mas é em primeiro lugar comprada pelos operadores da rede de transporte, a uma taxa de remuneração legal. Cabe aos operadores das redes de transporte comercializar a eletricidade EEG no mercado à vista das bolsas de energia, o que lhes ocasiona um prejuízo. Estes custos são pagos em última análise pelos consumidores finais de eletricidade, que pagam aos seus fornecedores de energia uma taxa EEG suplementar que é posteriormente transferida para os operadores da rede de transporte. Os fornecedores de energia que adquirem mais de 50 % de eletricidade EEG, incluindo pelo menos 20 % de eletricidade solar ou eólica, pagam uma taxa EEG reduzida.

(1) [http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/legislation/doc/20100609\\_internal\\_market\\_report\\_2009\\_2010.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/legislation/doc/20100609_internal_market_report_2009_2010.pdf)

(2) Ver página 7, parágrafo 4, do documento de trabalho dos serviços da Comissão.

(3) Quadro 3.1 do anexo técnico, p. 12 do anexo técnico ao documento de trabalho dos serviços da Comissão «Relatório de 2009-2010 sobre os progressos realizados na criação do mercado interno do gás e da eletricidade», de junho de 2011.

(4) Índice *Herfindahl Hirschmann*: define-se como a soma dos quadrados das quotas de mercado de cada empresa individual. Como tal, pode ir de quase 0 a 10 000, passando de um grande número de empresas muito pequenas a um único produtor monopolista. Em geral, as diminuições do HHI indicam um aumento da concorrência, enquanto que os aumentos significam o contrário.

(5) De acordo com o quadro 2.1, página 6, e o quadro 2.2, página 7 do anexo técnico ao documento de trabalho dos serviços da Comissão «Relatório de 2009-2010 sobre os progressos realizados na criação do mercado interno do gás e da eletricidade», de junho de 2011, em 2009 a Alemanha tinha uma taxa de mudança de fornecedor, para a grande indústria, de 10,7 %, em volume, e de 15,6 % por contador elegível.

(6) De acordo com o relatório de acompanhamento de 2011 pela *Bundesnetzagentur für Elektrizität, gás, Post und Telekommunikation Eisenbahnen*, página 28, o mercado grossista alemão é extremamente líquido. Em 2010, estima-se que o volume do comércio por grosso se tenha elevado a 10 600 TWh, o que é mais de 17 vezes superior à procura efetiva de eletricidade na Alemanha.

(7) Embora só representem uma pequena parte da quantidade total de eletricidade produzida e/ou consumida num Estado-Membro, o funcionamento dos mecanismos de equilibrção deve também ser considerado a título indicativo, uma vez que existe uma grande diferença entre o preço a que os operadores das redes de transporte fornecem a eletricidade para equilibrção e o preço a que compram, por sua vez, o excesso de produção, o que pode constituir um problema para os pequenos operadores do mercado e entrar o desenvolvimento da concorrência.

(8) Na aceção da presente decisão e de acordo com a EEG, entende-se por «central EEG» qualquer instalação que gera eletricidade a partir de fontes de energia renováveis ou de gás de mina. As instalações produtoras de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis ou de gás de mina incluem, igualmente, todas as instalações que recebem energia que tenha sido temporariamente armazenada e prove-nha exclusivamente de fontes de energia renováveis ou de gás de mina e a convertem em eletricidade; e por «operador de central EEG», qualquer pessoa, proprietária ou não, que utiliza a central para produzir eletricidade a partir de fontes de energia renováveis ou de gás de mina.

(9) As taxas de remuneração para a eletricidade EEG são regularmente superiores ao preço de mercado. A eletricidade EEG é, por conseguinte, mais cara do que a eletricidade produzida de forma convencional. Estes custos adicionais devem ser suportados pelos consumidores de energia, através da sobretaxa EEG (3,5 cents/kWh em 2011).

- (38) Os operadores das centrais EEG têm igualmente a possibilidade de fazer a «comercialização direta» da eletricidade que produzem. O que significa que um operador de central EEG pode renunciar à remuneração legal e optar por vender a eletricidade diretamente no mercado à vista. Em virtude dos elevados custos de produção da eletricidade EEG, a opção da comercialização direta, fora das condições legais, não é normalmente uma opção viável. No passado, este método era sobretudo utilizado, em pequena medida, nos casos em que os compradores conseguiram obter uma isenção da sobretaxa EEG pela combinação de um certo montante de eletricidade EEG obtido diretamente de um produtor com eletricidade convencional<sup>(1)</sup>. Com a nova lei EEG, que entrou em vigor no início de 2012, a possibilidade desta isenção específica foi limitada, o que se espera venha a reduzir esta forma de comercialização direta<sup>(2)</sup>.
- (39) A nova lei contém uma nova possibilidade de «comercialização direta» que, contudo, inclui o pagamento do chamado «prémio de mercado» aos produtores de eletricidade EEG, que cobre a diferença entre os seus custos mais elevados e o preço médio de mercado (adiante designado «modelo do prémio de mercado»). Os operadores das redes de transporte estimam que as vendas no âmbito do modelo do prémio de mercado representem uma quota de 15 %, para o conjunto de todos os tipos de energias renováveis em 2012<sup>(3)</sup>. Pode concluir-se que no presente e no futuro próximo, a maior parte, de longe, da eletricidade EEG, é comercializada no regime de remuneração legal e através dos operadores da rede de transporte. A comercialização direta não subvencionada apenas terá uma importância marginal.
- (40) Pelas razões acima indicadas, a geração e a primeira venda da eletricidade EEG fazem parte de um sistema regulamentado no qual os produtores são remunerados com base numa taxa legal. Não se encontram expostas à concorrência, uma vez que a eletricidade EEG pode ser escoada independentemente do preço prevalecente no mercado. Em virtude da prioridade na alimentação, todas as quantidades produzidas podem ser vendidas. Não se pode por conseguinte concluir que a atividade dos produtores de eletricidade EEG se encontra exposta à concorrência. Tendo em conta o que antecede, não existem quaisquer outros indicadores, tais como os enumerados no considerando 6, que devam ser avaliados.
- (41) Tendo em conta os fatores acima analisados, a condição de exposição direta à concorrência prevista no artigo 30.º, n.º 1, da Diretiva 2004/17/CE, deve ser considerada satisfeita pelas entidades adjudicantes no que respeita à produção e ao fornecimento por grosso de eletricidade produzida a partir de fontes convencionais na Alemanha.
- (42) Além disso, uma vez que a condição de acesso ilimitado ao mercado é considerada preenchida, a Diretiva 2004/17/CE não deve ser aplicada quando as entidades adjudicantes celebram contratos destinados a permitir a produção e o fornecimento por grosso de eletricidade proveniente de fontes convencionais na Alemanha, nem quando são organizados concursos de projetos para o exercício de tais atividades nessa área geográfica.
- (43) No entanto, a condição de exposição direta à concorrência, estabelecida no artigo 30.º, n.º 1, da Diretiva 2004/17/CE, deve ser considerada como não satisfeita pelas entidades adjudicantes no que respeita à produção e primeira venda de eletricidade EEG na Alemanha.
- (44) Uma vez que a produção e primeira venda de eletricidade EEG continua a estar sujeita à Diretiva 2004/17/CE, há que recordar que os contratos públicos que abrangem várias atividades devem ser tratados em conformidade com o artigo 9.º da Diretiva 2004/17/CE. O que significa que, quando uma entidade adjudicante intervém num processo de adjudicação «misto», ou seja, um processo utilizado para apoiar a realização tanto de atividades isentas da aplicação da Diretiva 2004/17/CE como de atividades não isentas, o contrato deve obedecer às normas aplicáveis às atividades a que se destina principalmente. No caso desses processos de adjudicação mistos, destinados principalmente a apoiar a produção e fornecimento por grosso de eletricidade EEG, aplica-se o disposto na Diretiva 2004/17/CE. Se for objetivamente impossível determinar qual a atividade a que o contrato se destina principalmente, esse contrato deve ser adjudicado em conformidade com as regras referidas no artigo 9.º, n.ºs 2 e 3 da Diretiva 2004/17/CE. A presente decisão baseia-se na situação de direito e de facto vigente entre outubro de 2011 e fevereiro de 2012, tal como decorre das informações apresentadas pela BDEW e pelas autoridades alemãs. Poderá ser revista se se verificarem alterações significativas na situação de direito e de facto que façam com que as condições de aplicabilidade do artigo 30.º, n.º 1, da Diretiva 2004/17/CE à produção e fornecimento por grosso de eletricidade produzida a partir de fontes convencionais deixem de estar satisfeitas.
- (45) As medidas previstas na presente Decisão estão em conformidade com o parecer do Comité Consultivo para os Contratos Públicos,

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

#### Artigo 1.º

A Diretiva 2004/17/CE não se aplica aos contratos adjudicados pelas entidades contratantes com o objetivo de permitir a produção e a primeira venda, na Alemanha, de eletricidade produzida a partir de fontes convencionais.

<sup>(1)</sup> Este fenómeno foi por vezes referido como «Grünstromprivileg».

<sup>(2)</sup> Os operadores de redes de transporte calculam que a parte dessa comercialização direta [§ 33 b EEG (2012)] se situe em 3,7 % em 2012.  
Ver [http://www.eeg-kwk.net/de/file/111115\\_Eckwerte\\_Einspeisung\\_final.pdf](http://www.eeg-kwk.net/de/file/111115_Eckwerte_Einspeisung_final.pdf)

<sup>(3)</sup> Ver [http://www.eeg-kwk.net/de/file/111115\\_Eckwerte\\_Einspeisung\\_final.pdf](http://www.eeg-kwk.net/de/file/111115_Eckwerte_Einspeisung_final.pdf)

#### IV. CONCLUSÕES

Para efeitos da presente decisão, entende-se por eletricidade produzida a partir de fontes convencionais a eletricidade não abrangida pelo âmbito de aplicação da EEG. Além disso, na aceção da EEG, e nas condições aí definidas, entende-se por «fontes de energia renováveis» a energia hidráulica, incluindo a energia das ondas, a energia das marés, a energia azul (osmótica) e de fluxo, a energia eólica, a energia de radiação solar, a energia geotérmica, a energia a partir de biomassa, incluindo o biogás, o biometano, os gases de aterro e os gases provenientes do tratamento de águas residuais, bem como a parte biodegradável dos resíduos urbanos e industriais.

*Artigo 2.º*

A destinatária da presente decisão é a República Federal da Alemanha.

Feito em Bruxelas, em 24 de abril de 2012.

*Pela Comissão*  
Michel BARNIER  
*Membro da Comissão*

---